This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 197 513

ROMANISTEN

UND

GERMANISTEN

ZWEI VORTRÄGE

VON

DR. ALEX FRANKEN,
PROF. DER RECHTE UND OBERLANDESGERICHTSRATH
IN JENA.

JENA,
VERLAG VON GUSTAV FISCHER
VORMALS FRIEDRICH MAUKE
1882.

GER
903.3
FRA

HARVARD
LAW
LIBRARY

ROMANISTEN

UND

GERMANISTEN.

ZWEI VORTRÄGE

VON

DR. ALEX FRANKEN,
PROF. DER RECHTE UND OBERLANDESGERICHTSRATH
IN JENA.

JENA,
VERLAG VON GUSTAV FISCHER
VORMALS FRIEDRICH MAUKE.
1882.

Rec. Mar. 1, 1899.

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle)
in Jena.

Die beiden Vorträge, die hier erscheinen, erheben gewiss nicht mehr Anspruch, als Gelegenheitsreden zukommt, — besonders der zweite nicht. Aber wenn man so in sein Museum gebannt ist, mag hier und da ein entschuldbares Feiertagsgefühl verleiten, einem oder zwei früher gehegten Gedanken das Privilegium typographischer Reproduction auch in dem weniger strengen Gewand zu bewilligen, das der äussere Anlass ihnen gab. Es wird ja soviel gedruckt, — und der zweite Vortrag, dem man die rapide Entstehung und den Mangel biographischer Specialforschung sogleich ansieht, wäre natürlich von dieser Wohlthat ausgeschlossen geblieben, wenn sich nicht der ihn bewegende Grundgedanke an die unmittelbar vorher gehaltene Rede, wie es schien, innerlich angeschlossen hätte.

Jena, 13. December 1881.

Der Verfasser.

I.

STRICTUM UND AEQUUM

UND

DIE RECEPTION.

Hochgeehrte Versammlung!

Gestatten Sie mir, den Ausgang der kurzen Betrachtung, die anzuhören ich Sie dem Brauche gemäss eingeladen habe, von einem scheinbar äusserlichen Anlasse zu nehmen.

Wenig mehr als zwei Jahre sind dahin, seit die deutsche Juristenwelt das Centenarium Savignys beging, und heute steht sie am Vorabend einer zweiten Gedächtnissfeier, sieht sich der Aufforderung gegenüber, dem andern der beiden Führer, welchen sie seit Beginn dieses Jahrhunderts gefolgt ist, dem andern Meister deutscher Rechtswissenschaft den geschuldeten Tribut der Pietät zu zollen. Denn binnen wenigen Tagen werden hundert Jahre verflossen sein, seit in Jena Karl Friedrich Eichhorn das Licht erblickt hat — er, den die Weisheit des Geschickes zum gleichzeitigen Vertreter des germanistischen Zweiges der neuerblühenden Rechtswissenschaft Deutschlands neben dem modern-classischen Romanisten bestimmt hatte.

Ein Sieg Beider ist errungen: es gibt heut keine Juristen mehr, die für ihre Wissenschaft irgend Etwas von unhistorischer Forschung erwarteten.

Wie aber mit dem, was Beide unterscheidet? Wie mit dem Gegensatz der Romanisten und Germanisten — einem Gegensatz, der eine Zeit lang fast ein Process war? Ist der Streit nur vertagt? oder ist durch den Lauf unserer modernen Rechtsentwicklung die Instanz endgültig perimirt.

Die Frage ist gerade heut wohl zu stellen.

Zweimal in dem Jahrhundert seit der Geburt dieser beiden Männer hat Deutschland mit den Waffen in der Hand seine nationale Integrität durchsetzen müssen, und zweimal ist dem kriegerischen Aufschwung das Verlangen nach dem gesetzgeberischen gefolgt, — resultatlos das erstemal, heute mit Resultaten, die Einigen fast zu reichlich scheinen.

Der alte patriotische Wunsch „ut sacratissimus Caesar et Imperator noster tot commentaria glossatorum supprimat verbositatemque obscurissimam atque nodosissimam in compendium et declarationem reducat", — oder mit den Worten Thibaut's „dass man diesen herrlichen Augenblick benütze, um endlich alte Missbräuche zu zerstören und durch neue weise bürgerliche Einrichtungen das Glück des Einzelnen fest zu begründen", — der alte Wunsch nach dem deutschen Civilgesetzbuch, er ist bekanntlich heute dabei, die greifbarere Form des Entwurfs anzunehmen.

Fürchten Sie nicht, ich würde die Frage stellen, was Savigny oder Eichhorn sagen könnten, wenn sie uns heute unseres gesetzgeberischen Berufs warten sähen. In dieser Hinsicht trennt uns eine Welt von den beiden Mitgliedern der 1840er Gesetzgebungscommission. Ich habe ein Anderes im Auge.

Einer der scharfblickendsten Theilnehmer an der den

Juristen bekannten Controverse, ob es denn in der That ein gemeines deutsches Recht gebe, spricht ohne Bedenken die Zukunftsthese aus: mit einer Codification müsse der Dualismus der deutschen Rechtswissenschaft aufhören.

Ist dem so? Ist dieser Dualismus eine Kinderkrankheit, die man durchmacht, um sich auf Nimmerwiedersehen von ihr zu verabschieden? Und obendrein: ist er ein Schicksal nur der Rechtswissenschaft, oder haftet er dem Stoff an, den die Rechtswissenschaft behandelt?

Ich bitte Sie, mir für diese Frage auf diese kurze Zeit Ihre Aufmerksamkeit zu gönnen. —

Die Unbequemlichkeit jenes Dualismus ist oft gefühlt, und nicht von den Lernenden allein. Schon das sechszehnte Jahrhundert beschwert sich; das siebenzehnte meint: quin videtur Justinianus libris suis non aliter causidicos et rabulas progenerare quam Cadmus olim seminatis draconis dentibus bellatores produxit, — und ein moderner Autor klagt, durch die Reception und das Bedürfniss nach Vermittelung des römischen Rechts mit den abweichenden rechtlichen und ethischen Principien der Gegenwart sei Unsicherheit entstanden, ein „Schwanken in den tiefsten Grundzügen unseres Rechts".

Das mag unbehaglich sein. Aber betrachten wir die Römer, unser Aller Meister in der Kunst das Recht zu formen! Sind sie glücklicher in dem gemeinten Sinn, harmonischer gewesen? — Nein!

Denn ist wohl ein stärkeres „Schwanken in den tiefsten Grundzügen" zu erdenken, als ihre classische Zeit es aufweist? Wo die quiritische Urzelle des agnatischen Verbandes mit der liberalen Idee der Cognation ringt? Der

feste Pflock des quiritischen Eigenthumserwerbs einen zweiten sachenrechtlichen Centralpunkt in der naturalen Acquisition neben sich sieht? Heute die hereditas die bonorum possessio aus dem Felde schlägt, um morgen selbst sine re weichen zu müssen? Wo das pactum an der Stipulation excipiendo schon längst genagt hat und beginnt ihr auch agendo Concurrenz zu machen? Wo das peculium im Begriff ist den ökonomischen Inhalt der patria potestas auszuhöhlen, das Fideicommiss das Testament untergräbt? — Und alles das nicht durch rüde gesetzgeberische Eingriffe von oben herab, sondern langsam, im Wesentlichen von unten her, aber ohne Eruption, ohne Klage.

Man würde nicht glauben, es sei bei rechtsphilosophischen Untersuchungen möglich, diesen frappanten römischen Dualismus auch nur einen Augenblick aus dem Gedächtniss zu verlieren, müsste man nicht trotz Allem noch lesen, wie eine in beschränktem Horizont lebende Anschauung sich befleisst, an den Römern zu preisen, was diese nie besassen und nie besitzen wollten. Oder hätte ein römischer Jurist der classischen Zeit folgendes Compliment ohne Protest anhören können: „kein fremder Gedanke drängte sich störend ein; es wurde in dem neuen Recht gleichsam nur ausgesprochen, was sich längst schon als Folgerung mit innerer Nothwendigkeit aus dem älteren Recht ergeben hatte.“ Das cognatische Erbrecht „mit innerer Nothwendigkeit“ aus der hereditas hervorgehend, die Mancipation „mit innerer Nothwendigkeit“ zu Gunsten der Tradition sich selbst entleibend! — Das Gegentheil jenes Satzes ist wahr: die Römer drängen auf das Allerstörendste unablässig neue Gedanken in ihr Recht hinein.

Somit: die glänzendste Rechtsgestaltung der Welt ist dualistisch, — und will anscheinend gar nicht anders als dualistisch sein. Denn so wenig systematische und philosophische Schulung ihre Vertreter haben oder suchen: sie stellen ihren Dualismus auch äusserlich hin.

Leicht freilich wird ihnen die begriffliche Bezeichnung der zwei Factoren, die sie technisch so leicht handhaben nicht; — übrigens wird es auch dem Künstler nicht leicht, das geheime Princip grade seiner vollkommensten Schöpfung auszusprechen, oder mit den Worten eines juristischen Autors: „so lange die Welt des Geistes ihren Gesetzen folgt, ist zwischen Speculation und schaffendem Genius keine Ehe, ... den römischen Juristen ward der Genius zu Theil" — leicht also wird ihnen die Bezeichnung jener zwei Factoren nicht, und es sind Bände geschrieben über die trümmerhaften Sätze, die uns aus diesen ihren rechtsphilosophischen Excursen überliefert vorliegen. —

Die Untersuchung ringt dabei vor Allem mit dem einen Hinderniss, dass ihr in den Quellen eine Mehrheit von Antithesen entgegentritt, eine Mehrheit von Unterscheidungen, die ihren Ausgangspunkten nach, einander schneiden, und doch von allen Seiten Zusammenhänge mit denselben Grundkräften oder Principien der Rechtsbildung zu haben scheinen. Ich meine die Gegensätze: jus civile und jus gentium, jus civile und jus naturale, jus strictum und jus aequum — und, wenigstens nicht ganz bei Seite zu schieben, auch den Gegensatz jus scriptum und non scriptum.

Meine Absicht kann nicht sein, was ich über das Ver-

hältniss derselben denke, Ihnen hier nach seiner Begründung ab ovo zu entwickeln, — ich will wesentlich nur an einem durch den Eingang vorbereiteten Beispiel meine Meinung illustriren. Indess, ohne die Römer geht dergleichen nie, und wie ich sie verstehe, muss ich deshalb vor Allem wenigstens formuliren.

Meine Meinung geht im Grossen dahin: jene drei Antithesen möchten Hinweise auf einen einzigen Gegensatz der Kräfte sein, der methodisch von verschiedenen Seiten erkannt wird, wie Wanderer einer Höhe von verschiedenen Seiten zustreben, und dieser Gegensatz möchte kein specifisch römischer sein, sondern ein allgemein welthistorischer. —

Zunächst bei den Antithesen jus civile und jus naturale einerseits, jus civile und jus gentium andererseits zu bleiben, so sind diese gewiss nicht schlechtweg identisch; aber sie passen so genau auf einander, wie nur zwei von verschiedenen Seiten genommene Veduten desselben Objects auf einander passen können. Der Jurist, der vom jus naturale spricht, steigt ein gutes Stück höher in die Region des Abstracten hinauf und sieht deshalb Vieles anders als derjenige, der auf dem Boden des jus gentium bleibt, sieht Einzelnes, das Jener nicht sieht, und umgekehrt, — er erkennt z. B., dass eigentlich alle Menschen Rechtssubjecte sind, nicht bloss alle Freien; er macht sich auch unabhängiger von dem jeweiligen Zustand der Welt, der ihn umgiebt, und nimmt die Zukunft, wie er sie aus seiner Kenntniss des Vergangenen und des Gegenwärtigen erschliesst, mit in seine Rechnung auf. M. a. W.: das jus naturale dem civile entgegenzuwerfen, ist die That des reinen Idealismus, — mag nun der ideale Zustand im Lichte der hinter

der Menschheit versunkenen Sonne eines gewesenen goldenen Zeitalters strahlen, oder mag er gesehen werden wie ein Stern dessen Licht der concreten Launen von Wind und Wetter als Zukunftsziel spottet.

Der Vertreter des jus gentium zieht seine Zirkel viel enger, bescheidener, und begehrt die Stimme des einen gleichen Verlangens der ganzen Natur nach Gerechtigkeit nur in der Uebereinstimmung der seiner Kenntniss zugänglichen gegenwärtigen Völker zu hören. Jener mit mehr Verwegenheit, dieser mit mehr Sicherheit, — und jener unter mehr Enttäuschung, dieser mit kleineren, aber greifbareren Erfolgen. Realisten z. B. wie die Römer, hätten sich in der That durch das ius quod natura omnia animalia docuit nicht sonderlich warm machen lassen — das kam mehr decorativ nachher —, während das jus gentium, das commune omnium hominum jus, das gemeine Menschenrecht der Antike, d. i. ihr allen Freien gemeinsames Recht, denn doch ein Factor war, den die politische Klugheit auf dem Forum in Rom nicht übersehen konnte und nicht übersah.

Aber einen Schritt weiter zeigt sich der Zusammenhang wieder.

Wenn sich römische Naturrechtsjuristen und römische Menschenrechtsjuristen — da einmal unser „Völkerrecht" einen anderen Sinn hat — nach Ausgangspunkt, Stoff und Methode scheiden: sobald die letzteren nach der Sanction des jus gentium als eines Stückes wirklichen jus fragen, reichen sie die eine Hand doch wieder den Naturrechtsjuristen und nennen — und zwar selbst Gaius, dem das Philosophiren fern liegt — die Quelle des jus gentium als

des gemeinen Rechts der alten Welt mit dem Namen naturalis ratio.

Der Zusammenhang zwischen jus naturale und jus gentium in dieser Hinsicht ist übrigens bekannt und springt beim Aufschlagen der Quellen sofort ins Auge. —

Um nun das aequum hinzuzunehmen, so ist wiederum sein Zusammenhang mit dem jus naturale leicht greifbar. Denn, mit den Worten des gründlichsten Forschers über die fraglichen Sätze der römischen Quellen: „beiden liegt gemeinsam dieser Gedanke zu Grunde, das Recht ist weder Produkt des Zufalls, noch legislatorischer Willensbestimmung; vielmehr besteht ausserhalb des im Staat gesetzten Rechts eine gesetzvolle Regel, welche im Allgemeinen das nämliche Gebiet der menschlichen Beziehungen beherrschend wie das Recht im Urtheile mit diesem concurrirt; diese Regel wird als Ausfluss aus der Quelle höchster und letzter Wahrheit hingenommen, unabhängig von legislativer Sanction und nicht bedingt durch positiv-rechtliche Form, daher sie an sich auf rein ideeller übersinnlicher Basis beruht . . . ."

Kürzer lässt sich vielleicht sagen, was gegenüber den einzelnen concreten Erscheinungen dem blossen Ahnen die aequitas, das sei der planvollen Speculation das φύσει δίκαιον, das jus naturale.

Diese Identität des Inhalts der lex naturae und der aequitas ist auch im Einzelnen aufgezeigt worden. Insbesondere die sanguinis oder cognationis ratio, die bona fides, das Princip der Freiheit des Willens von der Form u. s. f. — alles das heisst den römischen Juristen und Rechtsphilosophen unter dem einen Gesichtspunkt aequitas, unter dem anderen jus naturale.

Oder Paulus ausdrücklich: ius pluribus modis dicitur: uno modo cum id quod semper aequum et bonum est, ius dicitur, ut est ius naturale ....

Zusammengefasst lässt sich also sagen: das ius quod apud omnes peraeque gentes custoditur, das jus gentium, sei das positivste in der Welt real vorhandene jus naturale, dieses aber, das jus naturale, sei das letzte und höchste Ideal eines jus gentium; die aequitas aber sei der Rechtstitel, auf dem die zwingende Verbindlichkeit beider beruhe.

Somit scheinen die Gegensätze in der Antithese des aequum und strictum zu culminiren, und um uns dem Kern des gemeinten Dualismus der Rechtsquellen zu nähern, müssen wir auf ihren Sinn eingehen.

Aus dem Gebiet der Abstractionen zum Realen zurückzukehren, so erschien der Gegensatz „jus civile — jus gentium" vorhin als der des Nationalen und des Internationalen, der Gegensatz „jus civile — jus naturale" als der des Nationalen und des Rationalen. Der Gegensatz „jus strictum — jus aequum" divergirt begrifflich von beiden, obschon stofflich seine Pole in den Bereich von beiden hineinreichen: er beruht nicht in einer localen noch einer nationalen Differenz, noch auch in der Differenz des Realen und Idealen; er beruht — und das wird der Grundgedanke meiner ganzen folgenden Darlegung sein — in der Differenz des Gewordenen und des Werdenden.

Aber freilich — und dieser eine Satz muss hier genügen, um neben dem Heterogenen zugleich das Verwandte unserer Antithesen flüchtig zu kennzeichnen, — die Rechtszukunft der nach der Weltherrschaft strebenden Urbs reicht unabweislich in den Kreis des jus gentium hinein, und was

der weltgeschichtlichen Abstraction Kampf des strictum und aequum heisst, mag der concreten Volksgeschichte Kampf des jus civile und gentium sein. Wie aber das strictum und aequum zum civile und naturale steht, das findet hoffentlich im weitern Verlauf der Auseinandersetzung seine stillschweigende Illustration. —

Die reale zeitliche Differenz also soll es sein, durch deren Einwirkung auf die ewige Rechtsidee der Gegensatz des strictum und aequum zur Erscheinung komme.

In welcher Weise, ergiebt sich bald.

Jede historisch wirkliche Rechtsordnung trägt in sich das Grundprincip der Stabilität, die Tendenz nach Dauer. Aber das Material, welches sie sich gegenüber sieht, ist im ewigen Fluss und Wandel. So beginnt ein unablässiges Spiel zweier Kräfte: die eine, die Norm, rastlos bemüht den Stoff zu bändigen und starr in der zeitigen Form zu halten, — der Stoff selbst ewig fliessend und wechselnd und in jeder neuen Erscheinungsform auf das Recht pochend, welches „mit ihm geboren" sei, auf seine historisch-heutige naturalis ratio, auf die ihm, wie er ist, immanente „Natur der Sache", und so er, der Stoff, täglich bemüht die ihm entgegenstehende Norm als antiquirt, als von gestern, zu brechen und seine, die Norm von heute an die Stelle zu setzen.

Das gelingt ihm, um im Bilde zu bleiben, erst morgen; und heute ist diese Norm noch nicht jus im stricten Sinne, sondern aequitas. —

Für mein Empfinden liegt der grosse Ruhm der Römer als Techniker des Rechts gerade auf diesem Felde, auf dem Gebiet der Behandlung des Gegensatzes von strictum und

aequum. Hier sind sie Sieger über den hartnäckig widerstrebenden Stoff geworden, — Sieger durch ihr eminentes Organisationstalent, durch ihr Talent die Ruhe, die die Rechtsordnung fordert, nicht mit von Zeit zu Zeit hineingeschleudertem legislatorischem Machtwort stossweise zu erpressen, sondern mit einem meisterhaften Apparat elastisch arbeitender verfassungsmässiger Hebel durch dauernde Umbildung dauernd zu wahren, zu wahren, mit Worten Savignys, „das richtige Ebenmaass der beharrlichen und der fortbewegenden Kräfte". Es war eine Frage der politischen Klugheit, keine juristische Frage, bis zu welchem Grad der römische Bürger sich dem Peregrinenrecht zu beugen hätte. Die eigentlich juristische Frage war eine andere: die nämlich, durch welche Mittel die res publica civium Romanorum dem Wechsel ihrer Weltstellung zum Trotz, und heute mit der Aufgabe ihr privatrechtliches Verhältniss zu den unterworfenen Italikern, morgen zum antiken orbis terrarum zu regeln, heute latinisches Recht und morgen griechisches „recipirend", — wie die res publica dennoch ihren alten Kothurnschritt festhalten, wie sie dem Anfordern jeder neuen Erweiterung ihrer Machtsphäre gerecht werden könne, ohne etwa eines Tages durch eine Codification auf der Basis des jus gentium als urbs Roma zu abdiciren.

Ich glaube, wenn der Gegensatz des strictum und aequum so oft mit halbem Resultat untersucht worden ist, so lag der Fehler darin, dass der unter die Rechtsordnung zu beugende Stoff zu sehr wie ein uniformer, wandelloser angesehen, dass zu sehr nur die Ordnung als die wechselnde, ihr Substrat als ein ein für allemal gegebenes gefasst wurde.

Wie aber, wird gefragt, passt die Bezeichnung strictum

und aequum auf den vorgetragenen Gedanken? Denn sie, diese Bezeichnung, unterstellt offenbar, und nicht bloss im vulgären Verstand, sondern auch technisch, wie sie von den Römern gebraucht wird, ein Anderes als das Bisherige.

Der Einwurf ist unerheblich, und ihn kurz zu beseitigen — denn dass wir unter der aequitas nicht das Princip verstehen, gelegentlich einmal fünf gerade sein zu lassen, das kann wohl auch als dem Nichtjuristen bekannt gelten — gehe ich mit einem Wort auf den Gegensatz scriptum und non scriptum jus ein, der in unserer Literatur viel reichlicher behandelt ist als der andere, und deshalb als der geläufigere vielleicht schnellere Verständigung gestattet.

Dieser Gegensatz geht anerkanntermaassen in ziemlich dürftiger Weise historisch aus von einem rein äusserlichen Merkmal. Wir bedienen uns seiner heute formelhaft, ohne Missverstand zu fürchten, nachdem wir ihn reducirt haben auf das Tiefere des Gegensatzes: Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht. Aber auch diese Formulirung hat ihre endgültige Spitze noch nicht. Auch die Gewohnheit ist dem jus non scriptum nicht essentiell. Das Gewohnheitsrecht bedarf der Dauer nur, damit wir es sehen, und damit der, der es zuerst sieht, es den Anderen zeigen könne, — aber es ist da, ehe wir es sehen, — ein Satz, den Thöl in die Worte fasst: „es giebt zwar keine ungesprochene Sprache und keine ungeübte Sitte, wohl aber ein ungeübtes Recht."

Ich lasse bei Seite, welches etwa die bessere Formulirung wäre, die dieser nur scheinbar paradoxe Satz statt der Antithese „Gewohnheit und Gesetz" fordert, und ziehe sogleich die Anwendung für meinen nächsten Zweck.

Strictum und aequum heisst dem Wesen nach gerade

so wenig streng und mild, als scriptum und non scriptum dem Wesen nach geschrieben und ungeschrieben heisst. Allerdings hat die „Billigkeitsjurisdiction" im Concreten regelmässig mehr Bewegungsfreiheit als die „legis actio"; aber das ist nur eine Consequenz aus dem Wesen beider, nicht das Wesen selbst: die gewordene Norm und der gewordene Begriff sind steifer, härter, als die werdende Norm und der werdende Begriff.

Aber das „streng und mild" mag wie das „geschrieben und ungeschrieben" den historisch ursprünglichen Sinn enthalten — die immer wiederkehrende Erscheinung, dass das Handwerkszeug jeder mit Begriffen rechnenden Disciplin anfangs gröber ist und in seiner langsamen Verfeinerung nie aufhört an seine irdische Herkunft zurückzuerinnern.

Auf den Anfangsstufen der Entwickelung steht überall das jus strictum. Es ist allenthalben der Begleiter der zuerst auftauchenden Staatsgewalt, oder wenn ich meinen Ausdruck, um in Kürze klar zu werden, der germanischen Rechtsgeschichte entlehnen soll: das strictum jus ist der erste Bändiger der Selbsthülfe, des Fehdeprincips.

Unterwerfen sich die Streitenden in einem primitiven Gesellschaftsverband unter Verzicht auf das Urrecht der Selbsthülfe dem autoritativen Spruch des allgemeinen Willens, so ist ihre erste Bedingung die: absoluter Ausschluss jeglicher Willkür des Urtheilfinders, — lieber formell geregelter Zweikampf als kritische Würdigung des Sachverhaltes.

Diese Bedingung nun erfüllt sich durch die strikteste Wortinterpretation, durch den rigor der legis actio. Die in gleichem Schritt mit der Stabilirung der öffentlichen

Autorität langsam gegen ihn aufkommende kritisch-arbiträre Beurtheilung der Sachlage als Recht und Pflicht des Richters ist eine Wendung der aequitas, — und der äusserlich markante Zug dieser einen anfänglichen Verschiedenheit bleibt nunmehr den beiden Begriffen dauernd anhaften.

Nach allem Gesagten ist der Gegensatz, der uns beschäftigt, kein specifisch römischer. Höchstens — was ich hier nicht verfolgen will — dass die kalte Schärfe, mit welcher die Römer das Recht als reine Herrschaft, gelöst von allen trübenden Bestandtheilen einer mitverwachsenen Pflicht construiren, in höherm Grad eine Aequitätscorrectur heischt, um überhaupt erträglich oder auch nur realisirbar zu bleiben; aber diese Frage des Quantums bei Seite sehen wir den Gegensatz bei ihnen nur klarer. Und dass wir ihn bei ihnen klarer sehen, das eben ist ihr Ruhm; — sie haben den Zwiespalt nicht vertuscht, sondern sie haben ihn organisirt, und zwar dadurch, dass sie, bis zu gewissem Grad verzichtend auf die Trennung von Gesetzgebung und Executive, in der Prätur auch dem werdenden Recht einen Mund gaben, ein Organ für das unablässige Compromiss zwischen gestern und morgen, das die Rechtsordnung heisst, — indem sie also den Kampf regelten und durch ein elastisches, auf offenem Forum fungirendes Ventil die Explosionen des Zukunftsrechts verhüteten.

Soweit die Römer. —

Indem ich also aus ihren Quellen und ihrer Geschichte schliesse, erkenne ich den Dualismus der Rechtsquellen als einen allgemein gültigen. Und mit diesem Resultat an

die nachantike Rechtsgeschichte herantretend, stelle ich die Hypothese auf: was wir Reception des römischen Rechts nennen, ist nichts Anderes, als die naturgemäss im Anschluss an die Renaissance erwachsene eine Richtung des Rechts der letzten sechshundert Jahre, die Aequitätsrichtung, — und weil der Dualismus dem Recht eingeboren ist, wird er durch keine Codification der Welt je getödtet werden, sondern unter welchem geschichtlichen Wechsel der Formen es immer sei, und an welcher Stelle der Maschinerie das Compromiss sich immer abspielen wird, jus strictum und jus aequum werden bestehen, so lange es eine strebende Menschheit und eine beharrende Ordnung giebt. Und so lange die Cultur der Welt auf der Renaissance basirt, oder weiter gefasst, so lange sie eine germano-romanische ist, so lange wird in der Wissenschaft des Rechts der Dualismus eines romanistischen und eines germanistischen Zweiges nicht verschwinden. — Welcher andere ihn später einmal zu ersetzen bestimmt sei, können wir wohl dahinstehen lassen.

So sind mir Romanismus und Germanismus nicht zwei Kämpfer, von denen der eine auf dem Platz bleiben muss, sondern zwei nur zusammenwirkend denkbare Stützen — jede mit selbständiger Kraft. Tragen und sich zum Bewusstsein bringen wird bald diese mehr, bald jene. Dasein und tragen werden allezeit und allerorten beide.

In diesem Sinn ist es richtig, wenn ein Autor sagt, die Reception sei „noch nicht zu festem Abschlusse gelangt". Gewiss nicht. So wenig die justinianische exaequatio des jus civile und jus gentium ein Abschluss war. Ob aber

etwa das Verhältniss beider Richtungen heute an einem Wendepunkt steht, davon erst später.

Ich könnte für meine These über den Sinn der „Reception" zunächst die vulgäre Staats- und Rechtsphilosophie des vorigen und vorvorigen Jahrhunderts anrufen. Die speculirende Richtung der Romanisten hatte, was sie römisches Recht nannte, in der That so lange abdestillirt, bis in der Retorte der wasserhelle Rationalismus erschien, das über den Wogen der Menschheit im Aether schwebende ewig wahre Recht, und die Philosophie war so ins dogmatisch-juristische Fahrwasser getrieben, dass jedesmal, wenn sie den Kopf in die Hand nahm und eudaimonistische Ideale entwarf, romanistische Gebilde vor ihr auftauchten. Es ist eben — das erklärt diesen Zusammenhang von Philosophie und Jus — eine Erscheinung, die sich überall in der Geschichte des Culturlebens wiederholt: neue Tendenzen nehmen das Gewand neuer Wahrheiten an, wechselnde Parteiprogramme die Gestalt endgültiger Katechismen, und das aequum der Unterdrückten heisst so lange „die Freiheit", bis es den Sieg errungen hat und zum strictum geworden ist.

Oder ich könnte für mich anrufen die zahllosen Wendungen der Literatur, welche das römische Recht als die ratio scripta, die juristische Vernunft, als den Codex des Naturrechts, die aequitas selbst preisen — gegenüber dem iniquum und sogar, wie sie meinten, dem Unlogischen des germanischen Rechts.

Aber diese Dinge sind in Aller Munde, und es kommt mir nicht auf die mehr oder minder antiquirten Irrthümer rationalistischer Politiker und Publicisten an, sondern auf

denjenigen Zweig der Rechtswissenschaft, der durch allen Wandel hindurch gegenüber den anderen sich den Vorzug der schärfsten Begriffe dennoch bewahrt hat, auf das Privatrecht. —

Mein thema probandum ist die Aequitätsfunction der Doctores Juris in unserer Rechtsgeschichte. Ich muss drum vor Allem zusehen, welches der materielle Inhalt, die gestaltende Tendenz der aequitas zunächst in der römischen Geschichte, aus der ich meinen Gedanken schöpfe, gewesen sei, — mehr ins Einzelne: auf welchen Gebieten des Rechts und in welchen Richtungen sich bei den Römern das aequum entfalte.

Die Autoritäten nennen Mehreres: Berücksichtigung der auf die Blutsverwandtschaft gestützten Verbindung, Aufrechterhaltung von Treu und Glauben im Verkehr, vernünftige Erwägung der Individualität der concreten Verhältnisse, das Princip der Freiheit der Willenserklärung von positiv-gesetzlichen Formen, Prävalenz der Willensbestimmung gegenüber der Willenserklärung. Aber ich glaube — und der Verfolg meiner Auseinandersetzung wird dies rechtfertigen — ich glaube, all jenes Einzelne lässt sich zusammenfassen in dieses eine Princip: Erhebung des Individualwillens zum souveränen Beherrscher des Rechtseffects.

Aber: des Individualwillens und des Invidualwillens.

Und das markirt einen doppelten Kampf: Kampf gegen die Bindung des Individuums in der Association, — römisch, um das Hauptbeispiel zu nehmen, für die ökonomische Freiheit des filius familias gegen die patria potestas — und Kampf gegen die Bindung des Willens in der

Form, — für sententia und mens gegen scriptura und figura.

Beides ist zuverfolgen, und zunächst den letztern Kampf anlangend, so sind es die Romanisten der Receptionszeit, die in der Rechtswelt, in die sie hinein treten, allenthalben die juristischen Formen zertrümmern und den Willen zum alleinigen Motor des Rechtseffects machen. Ein Blick in die Pandektenlehrbücher genügt, um das ins Gedächtniss zurückzurufen: sie enthalten das heutige Facit dieser Bewegung.

Im Sachenrecht wird allerdings behauptet, der Uebereignungsvertrag erfordere eine „Form". Aber wie, wenn es zur Begriffsbestimmung dieser Form, der Tradition kommt? Weder der Uebertragungs- noch der Erwerbswille, heisst es dann, braucht ausdrücklich erklärt zu werden; für den einen und den andern genügt es, dass er aus den Umständen geschlossen werden könne. Das ist keine Form mehr. Und obendrein: vergleichen Sie den „allgemeinen Theil", so finden Sie dort die hier für die Tradition in specie gebrauchten Wendungen generell für das formlose Rechtsgeschäft verwendet.

Hinsichtlich der Bestellung von Grundgerechtigkeiten ist es Savigny selbst, der — anschliessend an die römische Ausbildung für nichtitalische Grundstücke — das Princip durchgesetzt hat, die blosse Willenserklärung genüge.

Das Pfandrecht entsteht unbestritten durch den nackten Vertrag und ist deshalb nach aussen total unsichtbar, d. h. praktisch unbrauchbar.

Familienrechtlich ist die Eheschliessungsform von der romanistisch-canonistischen Doctrin gestürzt und der rö-

mische Satz „consensus facit nuptias“ zum Sieg geführt worden.

Endlich — um nicht durch das Einzelne zu ermüden — der obligationenrechtliche Fundamentalsatz von der vollen Kraft des pactum nudum.

An das letzte Beispiel schliessen sich zwei Beobachtungen an, die ein scharfes Licht auf unsern ganzen Gegenstand werfen. Einmal — dies mehr beiläufig — wie stark bis in unsere modernste Zeit hinein die Herrschaft der romanistischen Anschauungen war. Erst den neuesten Untersuchungen etwa des letzten Jahrzehntes war es vorbehalten, den alten Irrthum zu widerlegen oder zunächst auch nur zu bestreiten, als hätte das germanische Recht schon von Hause aus das klagbare pactum nudum gehabt, — eine im Widerspruch zu tausend Quellenbeispielen lediglich aus der herrschenden dogmatischen Vorstellung heraus in die Geschichte hineinconstruirte, mit der ärmlichen Berufung auf die Parömie „ein Mann ein Wort“ laienhaft plausibel gemachte Unwahrheit.

Unmittelbar wichtiger ist uns die zweite Beobachtung. Denn sie beleuchtet die eigentliche Tendenz, welche die Doctores mit ihrem Corpus Juris verfolgen. So intensiv nämlich ist hier ihr Streben, dem Willen des Individuums zur Herrschaft zu verhelfen, dass sie sich diesem Streben zu Liebe nicht blos über das sie umgebende germanische Recht hinwegsetzen, sondern, wenngleich mit vielem Zaudern und Zweifeln, aber zuletzt doch hinwegsetzen auch über das Corpus Juris selbst. Denn das klagbare pactum nudum ist bei Justinian noch nicht siegreich. Er hat

noch die verborum obligatio, die Stipulation, die formale Verpflichtung durch das solenne Wort.

Wäre es den Doctores auf das römische Recht als solches angekommen, so liess sich die schönste Uebereinstimmung mit dem geübten germanischen Recht herstellen: denn in letzterm fanden sie ein Institut vor, das vielleicht der ältesten römischen Stipulation sehr ähnlich und dem die Justinianische Stipulation mehr voraus als entgegen war, — die Wadiation.

Gestatten Sie mir, da die andern Punkte näher auszuführen gerade heut vielleicht weniger juristisches Interesse bietet, kurz bei dem letztern zu verweilen. Zumal derselbe Gelegenheit giebt, den Charakterzug der Objectivität, oder — solche Termini decken den Gedanken immer nur halb — des Realismus im germanischen Recht aufzuzeigen.

Der Sinn der römischen Stipulation ist ganz allgemein bekannt: Knüpfung der Obligation durch das von hüben und drüben inhaltlich entsprechend, in diesem Sinne also solenn gefallene Wort — eine Form, die den consensus, und das ist das vertragsrechtliche Ideal der Doctores Juris, nur hinter einer sehr dünnen Schale verdeckt zeigt. Wer die Wadiation betrachtet, der fühlt sich noch durch eine ganze Wand von dem speculativ erkennbaren Motor der Verpflichtung getrennt. Denn die wadiatio ist obligatio nicht durch Frage und Antwort, durch das natürliche Vehikel der Willenserklärung, sondern sie ist obligatio durch Geben und Nehmen, — Geben und Nehmen eines Handschuhs, eines Stabes, eines Stücks Papier.

Wo ist der Zusammenhang des Willens mit diesem objectiven Thatbestand?

Man nennt den Act üblich einen Vertragsschluss durch Symbol: — damit hat man ein Wort, aber keine Erklärung.

Ich, meine Herren, glaube, dass auch der Begriff der juristischen Form, den ich hier berühre, rein dogmatisch nicht, sondern nur zugleich historisch klar gestellt werden kann. Denn die juristische Form weist in gewissen historischen Staffeln — sie ist „strict" und modificirt sich nicht allmälig in schiefer Ebene, sondern stossweise, in Stufen — ich sage, die juristische Form weist auf jeder ihrer historischen Stufen immer auf eine schon überwundene Entwicklungsperiode zurück; sie ist der Kreuzungspunkt zwischen dem Fortschritt und der Erhaltung des Bestehenden, das Resultat des Quellendualismus, den ich zu verfolgen suche, auf dem Gebiet des Rechtsgeschäfts.

Das an der Wadiation klar zu stellen, mag folgender Satz vorangehen:

Die eleganteste juristische Form der Uebertragung von Forderungen im Verkehr der modernsten Kreditwirthschaft weist zurück auf die urälteste Stufe des reinen Baarverkehrs, — das „Werthpapier" ist Nichts als ein anderes körperliches Object, das statt der baaren Gegenleistung in die ursprünglichste germanische Vertragsfigur hineintritt, und seine Vorgängerin, die Wadia, Nichts als der Uebergang von dem öffentlichen Kreditzeichen, dem Geld, zum privaten Kreditzeichen.

Die Stufen der Entwicklung sind im Grossen diese: Baarleistung gegen Baarleistung, — Baarleistung gegen Caution, Pfand, d. i. bedingte Gegenleistung, — dann gegen unterwerthige Caution, unterwerthiges Pfand, Anzahlung, Reugeld u. s. w., — zuletzt gegen Papier, gegen Schuldschein.

Dabei näher zu verweilen gestattet die kurz bemessene Zeit nicht. Nehmen Sie aber diese Entwicklung — und sie lässt sich beweisen — einmal als historisch gegeben hin, so ist, worauf es mir zunächst ankam, Eines klar:

So sehr sich das Schwerfällige der baaren Gegenleistung verfeinern mag, das Resultat bleibt immer in der Körperwelt. So spitz das Instrument wird, — die Seele der Obligation, den Willen trifft es nie. Ist das Papier unterschrieben und flattert in die Welt hinaus, indem anstatt des Willens ein Windstoss die Vermittelung des Besitzwechsels übernimmt, so müssen die Umstände schon günstig sein, wenn — sonstige rechtliche Hülfsmittel bei Seite — mit dem Einwand des mangelnden Verpflichtungswillens soll durchgedrungen werden; — so secundär ist hier das metaphysisch erste, das Willensmoment. Mit einem Wort: Erzeuger der germanischen Obligation ist nicht der consensus, sondern die res, nicht der Wille, sondern das objective, ökonomische Moment des geschehenen Ueberganges von Werthen ex bonis des einen Theils in bona des andern, und wer sich zur Aufgabe setzt, als den Schöpfer des subjectiven Rechts den Willen zu predigen, der hasst nothwendig mehr als jede andere gerade die direkt von der res abstammende Form, weil sie mehr als jede andere den irdischen Ursprung unverwischbar an sich trägt.

Das war der Fall der Romanisten und der Canonisten, und auch der Fall der juristischen Söhne, die die letzteren sich zu eigener Strafe gezeugt, der Rationalisten.

Doch die Welt ist realistisch, und wenn wir ein modernes Pandektencompendium aufschlagen, so erblicken wir allerdings die Form auf jedem Punkte besiegt und zertrüm-

mert. Aber wenn wir die moderne Gesetzgebung aufschlagen, so erblicken wir die Form auf vielen Punkten siegreich oder im Vordringen: kein Grunderwerb, kein Hypothekenerwerb ohne Form, keine Eheschliessung ohne Form, kein wirklich grosses Creditgeschäft ohne Form. — Und fragen wir, woher die Formen rühren? durchweg aus dem germanischen Recht, — und es steht mit dieser Antwort im besten Einklang, wenn neuerdings gerade den Germanisten der Vorwurf gemacht wird, sie huldigten über die Maassen dem Cultus der Form.

Ich bin meiner Disposition vorangeeilt und kehre zurück zu dem Ausgangspunkt der letzten Betrachtung, indem ich frage: worin ist die fundamentalste der Aequitätstendenzen bei den Romanisten sichtbar geworden, die Realisirung der Individualfreiheit?

Aber hier fällt die Antwort kurz aus. Nicht wegen stofflicher Kargheit, — im Gegentheil: weil hier das eigentlichste Gebiet der „Reception" steckt, während allerdings im Aequum der Römer die Tendenz gegen die genossenschaftliche Bindung des Individuums geringer ist, — einfach weil im Verhältniss des Freien zum Freien diese Bindung geringer ist, für die Erledigung des einen fundamentalen Nexus der Sklaverei aber der ideale Impuls der Antike nicht stark genug war.

Mit einem Wort: das Datum der Besiegelung der Reception des römischen Rechts ist die Woche vom 20. August 1789, wo die constituirende Versammlung zu Versailles „in Erwägung, dass Unkenntniss, Vergessen oder Verachtung der Menschenrechte die einzige Ursache des öffentlichen Un-

glücks und der Verderbtheit der Herrschenden sind", das jus omnium hominum commune declarirt und einen Naturrechtscodex aufstellt, dessen Durchlesung völlig ausreichen würde, den Zweifel zu heben, ob auch öffentliches Recht aus dem Corpus Juris „recipirt" sei: wüsste man nicht ohnehin, dass die eigentliche Empfehlung der Doctores an den König in Frankreich und an die Landesfürsten in Deutschland — der deutsche König, so sicher die Staufer diese Seite bei den Glossatoren herausgefühlt, sollte leider auf lange hinaus keinen Gewinn davon ziehen, — dass die eigentliche Empfehlung der Doctores an strebsame Centralgewalten von Ulpian geschrieben in den Digesten steht, — quod principi placuit legis habet vigorem.

Deshalb nur wenig Worte.

Wir sahen vorhin die Romanisten den Willen betonen, das ist die Gleichheit. Hier gilt es die Betonung gerade des Individualwillens, das ist die Freiheit. Denn jene Declaration mit welcher die französische Revolution debütirt, sie bedeutet die Zerschlagung der ständischen Verbände, der Zünfte, der Innungen, des alten Provinzialverbandes, der Gemeindeautonomie, die Zerschlagung des Feudalismus im weitesten Sinn. Und der Feudalismus ist der eigentliche Feind der Romanisten als der Apostel des modernen Staats, — der Feudalismus, der den Grundbesitz fesselt und schliesst und gegen die Theilung wehrt wie gegen die Hypothek, der ihn beschwert mit unablöslichen Lasten, Renten und Gülten, der das Individuum bindet an die Route, die ex pacto et providentia majorum vorgezeichnet ist, bindet an die Schranken die ein unkündbarer Associationsverband zieht, ein Verband in den es nicht eintritt, sondern

in den hinein es gezeugt wird, — der Feudalismus der es hemmt, Schritt für Schritt, mit Monopolien und Sperren und Privilegien, der der Geldwirthschaft feind ist und noch mehr der Creditwirthschaft, — kurz der feind ist dem römischen Recht, mit seinem unbeschränkt expansiven, nur Berechtigung, keinen Schatten von Pflicht enthaltenden Privateigenthum, mit seiner unbegrenzten Theilbarkeit aller Güter, seiner freien Kündbarkeit der Hypotheken, mit seiner luftigen, sterblichen Societät, die der Genosse jeden Moment abschüttelt, mit seinem nur ad nutum des souveränen Individuums bestehenden Miteigenthum u. s. f.; — jeder Theil muss zum andern sagen: es sei Feindschaft zwischen meinem Samen und deinem Samen.

Wieso aber das römische Recht, das die Sclaverei hat, als Vorbild für die Entwicklung der Individualfreiheit dienen konnte?

Auf ein obiges Beispiel zurückweisend antworte ich: geradeso wie die mittelalterlichen Romanisten die Stipulationsform den Römern zum Trotz bei Seite werfen, geradeso ignoriren sie im Gefühl ihrer historischen Mission mit mehr oder weniger Bewusstsein die Substruction auf der das antike Weltgebäude ruht, sehen und wollen sehen nur die oben auf der Scene schreitenden römischen Staatsbürger, die ihnen Vorbilder ihres künftigen Weltbürgerthums sind, übersehen die, die unten für Nahrung und Costüm der Acteurs sorgen. —

Soll ich zuletzt die Bedeutung dessen was ich auszuführen gesucht habe, für die Auffassung der „Reception" vergegenwärtigen, so habe ich fast nur zu resümiren. Wo-

nach ich dabei frage, ist der innere Sinn dessen was man Reception nennt, — nicht ihr äusserer Anlass und nicht ihr formelles Vorsichgehen.

Das letztere wird in Deutschland als „gewohnheitsrechtlich" bezeichnet, — die Franzosen sagen lieber, „raison écrite", aber diese Divergenz der Termini regt höchstens die Frage nach dem Verhältniss auch zwischen jus non scriptum und lex naturae an: die Sache ist hier wie dort die gleiche — und wenn das jus Romanum das aufkommende moderne aequum war, so passt ihm gerade diese Receptionsform vorzüglich. Die Gesetzgebung kann einmal irrational sein. Aber was eine wirkliche consuetudo ist, dem wird das von den Canonisten auch ausdrücklich aufgestellte Moment der Rationabilität so gut wie nie mangeln. Denn was der „Natur der Sache", dem immanenten Gesetz des Realen widerstrebt, das Widersinnige, wird, wenn es sich als Uebung versuchen will und von Tag zu Tag erproben muss, bald ein stumpfes Ende finden. Hier ist die Lebenskraft, die Macht, der sichere und legitime Beweis des Rechts.

Aber die Gewohnheit ist nicht der nothwendige und nicht der einzige Factor der das aequum in der Rechtsbildung durchsetzt, und bei uns, wie noch mehr und schon seit dem dreizehnten Jahrhundert in Frankreich, ist überall viel Romanistisches durch die Gesetzgebung recipirt worden. Bei uns vorwiegend im achtzehnten Jahrhundert, wo der romanistische Reformer äusserlich hinter dem fürstlichen Beamten zurückgetreten war; — in Preussen speciell ist Steins Edikt über den erleichterten Erwerb des Grundbesitzes ein gutes Stück „Reception". Ja, Savigny füllt die nach seiner Erwägung geschichtlich legitime Sphäre der

Gesetzgebung zu einer vollen Hälfte gerade mit der Aufgabe aus, dem materiell werdenden Recht der Aequität zu seinem Eintritt in die Wirklichkeit Geburtshülfe zu leisten, — ein Punkt der, so wie ich es versuche aufgefasst, uns, die wir die Gesetzgebung so unendlich reicher haben fungiren sehen als er, die ihr von ihm zugewiesene Rolle mehr ein Spiegel zu sein als selbst eine Gestalterin, erheblich plausibler macht. Denn nach dieser Auffassung ist der Gesetzgeber nicht etwa nur passiver Beobachter neben dem monotonen Fluss der Rechtsentwickelung, sondern er zieht aus dem strudelnden Ringen der Kräfte der Vergangenheit und Zukunft je nach seinem Erwägen das eine oder das andere Element zur kräftigeren Geltung hervor und wirkt so, indem er das werdende Recht weist, an der Rechtsentwicklung dennoch zugleich gestaltend mit.

Was ergiebt sich somit aus unserer Gesammtanschauung für den Sinn der Reception?

Fassen wir das sogenannte heutige römische Recht als das jus aequum der aufkommenden modernen Zeit, so entkleiden wir die Reception gänzlich ihres fremdartigen Charakters. Sie ist dann nur der historisch geforderte, entsprechend, wenn auch unter wechselnder Gestalt, bei allen Völkern zu allen Zeiten wiederkehrende eine freiere Zweig unserer Rechtsbildung, „fremd" lediglich in dem äussern Anhalt, den sie ergriff. Die Romanisten der letztvergangenen Jahrhunderte als die Quasigesetzgeber der Ideen des dritten Standes haben dann nicht uns das Corpus Juris von aussen obtrudirt, sondern sie haben ein für unsere Rechtsentwickelung nothwendig gefordertes, in der „Natur der Sache" latent vorhandenes Element nur ans Licht ge-

zogen: nicht in blinder Unterwerfung unter das römische Recht, — das Corpus Juris hat bei dem ganzen Process oft mehr Gewalt gelitten als die nationalen Quellen, besonders in Frankreich, sondern immer mehr — und so stark, dass die historische romanistische Forschung ganz andere Wege einschlug — sich ihrerseits selbst den römischen Stoff für ihre Zwecke unterwerfend und umgestaltend. Oder ist das pactum nudum etwas Anderes als das Evangelium des reinen Personalcredits?

Es hat sich dann weiter — wozu sonst die gang und gäbe Anschauung consequent führt — nicht die „nationale Rechtsüberzeugung" im Wege der gewohnheitsrechtlichen Reception selbst entnationalisirt, sondern es hat sich, nach dem Vorbild des im Corpus Juris überlieferten Zustandes der Antike die heraufwachsende moderne Gesellschaft, soweit sie im Gegensatz zum Feudalismus und zur Naturalwirthschaft dem Zustande der Antike homogen geworden war, homogen durch die Umbildung der Gutsabhängigkeit und des Gesellenverhältnisses in den freien Arbeitsvertrag, die Ersetzung des Sclaven durch die Maschine, durch die Verdrängung der Rentenverschuldung zu Gunsten der Hypothek u. s. w. — es hat sich die moderne Gesellschaft ihre Rechtsordnung geschaffen, — geschaffen nicht antinational, sondern antifeudal, modern, auf einer neuen zeitlichen Stufe, nicht auf einer exotischen, unpatriotischen Basis.

Und damit schwindet der letzte Anlass einer nationalen Empfindlichkeit gegen das römische Recht, schwindet der letzte Schein eines Tadels gegen die Doctores Juris.

Sie haben viel Angriffe leiden müssen, Spott und Fluch. Und in Wirklichkeit, sie bringen, wie im Eingang aus Hoto-

manus citirt wurde, in ihrem Corpus Juris den Streit und die Processsucht mit. Aber darin thun sie Nichts als ihre welthistorische Pflicht, Emissäre einer neuen Zeit, Träger einer Botschaft, die ihre ganze Erfüllung vielleicht bis heute nicht gefunden, halb unbewusste Revolutionäre, die mit ihrem unablässigen Bohren und Stossen gegen das Bestehende die Völker peinigen, ungeheuren Staub aufwirbelnd, Staub der wissenschaftlichen Controverse, in welchem sie oft selbst die Hand nicht vor Augen sehen, Staub des realsten Interessenkampfes, in welchem sie oft genug mehr für ihren Beutel sorgen, als für ihre Mission: — aber immer die Träger der einen grossen Idee, die sie nicht den Römern danken und nicht Justinian, sondern die, entsprungen der Vermählung des christlichen mit dem antiken Geist, entsprungen dem Humanismus, ihnen durch das Corpus Juris hindurchleuchtet, der Idee von der Freiheit und Gleichheit der Individuen.

Und für die Zukunft? Diesen Sinn der Reception angenommen, werden wir allerdings die Doctores nicht los, — so lästig es sein mag. Hutten meint, der Zustand Deutschlands sei glücklicher gewesen, ehe die Theologen mit ihrem Scotus und Thomas und die Juristen mit ihrem Bartolus und Baldus Einzug gehalten. Schlimm genug, dass die Menschheit nicht die alleinige Aufgabe hat glücklich zu sein, — aber so fromm der Wunsch nach dem „spiegelklar und eben" des reinen Vernunftrechts ist, das wirkliche Recht wird, so lange unsere Cultur dauert, dem Kampf entspringen, dem rastlosen Kampf des Strictum und Aequum von Tag zu Tag. Und die Weisheit einer höhern Hand, die über dem Streit wird walten wollen, kann nur sein: zuzusehen, wann das

was sie an Gewicht führt, in die eine, wann in die andere Wagschale zu werfen sei. —

Im Gegensatz zum römischen Recht — wie ich dieses Wort auf unsern Zustand angewendet fasse, muss nun klar sein oder es ist mir nicht gelungen mich zu verständigen, — im Gegensatz zum römischen hat das germanische Recht als unser jus strictum den Charakter einerseits der Objectivität, andererseits der socialen Gebundenheit; das heisst in ersterer Hinsicht, ihm steht voran nicht der Wille, sondern die Form, und in letzterer Hinsicht, nicht das Individuum, sondern die Association. (Ich sage die Association: denn stellten wir Staat und Individuum gegenüber, so fiele die Antwort wohl anders aus.) Und in ersterer Hinsicht hat das germanische Recht gegen die Alleinherrschaft der andern Richtung bereits reagirt. Hinsichtlich des zweiten Moments ist es eine Zukunftsfrage, ob wir an einem Wendepunkt sind, ob die germanischen Rechtsideen einer Renaissance entgegenschreiten. Und ich formulire die Frage nicht aus meinem eigenen Kopf, sondern mit den Worten unseres grössten Romanisten, — mit Worten aus derjenigen von seinen Schriften, welche die Aera der modernen deutschen Rechtswissenschaft, wenn nicht eröffnet, jedenfalls proclamirt hat. Er sagt: „es ist nicht vorher zu bestimmen, wie viel von altgermanischen Einrichtungen, wie in Verfassung so im bürgerlichen Recht, wiedererweckt werden kann; freilich nicht dem Buchstaben nach, sondern dem Geiste nach; aber“ — und dies mag auch mein letztes Wort sein, pro domo, da die germanistische Rechtswissenschaft von Anbeginn als eine historische aufgetreten ist — „aber den ursprünglichen Geist lernt man kennen nur aus dem alten Buchstaben.“

II.

ZUM GEDÄCHTNISS

KARL FRIEDRICH EICHHORNS

AN

SEINEM HUNDERTSTEN GEBURTSTAGE

(20. DECEMBER 1881).

Hochgeehrte Versammlung!

Die juristische Facultät, einem gebotenen Impulse wissenschaftlicher Pietät folgend, zugleich aber in dem Gefühle der Anhänglichkeit an den Boden, auf welchem sie seit drei Jahrhunderten heimisch ist, hat Sie gebeten, diese Stunde mit ihr der dankbaren Erinnerung an einen Mann zu weihen, der der deutschen Jurisprudenz die eine Hälfte des Grundes erobert hat, auf welchem sie heute steht, an den Mann, dem der Name des Schöpfers der deutschen Rechtsgeschichte gegeben worden ist und gebührt.

Sein Kindesauge öffnete sich innerhalb dieser Mauern, und wenn schon den Knaben das Schicksal in andere deutsche Lande führte, wenn die Arbeit des rastlos thätigen Mannes sich an anderer Stätte entfaltete und dem Greise der Tod am Rhein die Augen schloss, — so mag dennoch die Erinnerung der gemeinsamen Heimath in Ihr Gedächtniss zurückgerufen sein, — nicht um seinetwillen, der höhere Ansprüche an unser Interesse, und ich hoffe an unsere Sympathie hat, sondern damit auch dieses Moment in die Wagschale falle, um aufzuwiegen, was etwa meiner Fähigkeit, die gestellte Aufgabe würdig zu lösen, mangeln mag.

Zum Gedächtniss K. Fr. Eichhorns.

Es vollendet sich morgen ein Jahrhundert, seit in Jena Karl Friedrich Eichhorn zur Welt kam, und der Erinnerungstag gehört zu denen, die mit Recht unser Auge über einen weiten Zeitraum rückwärts führen, zu ermessen, was die Arbeit unserer Vorgänger erreicht, was unsere Aufgabe sei zu erstreben.

Ich wähle mit Absicht fremde Worte, indem ich Sie bitte in den Gedankenkreis einzutreten, in welchem dieser Gefeierte betrachtet werden muss.

„Eine Auszeichnung unserer Zeit in ihrer ganzen Bildung ist die geschichtliche Erkenntniss.

Unsere Zeit hat eine Anschauung von der Eigenthümlichkeit vergangener Zeiten in ihrem scharfen Unterschiede von der Gegenwart. Die verschiedenen Zeiten, und in diesen die verschiedenen Völker haben jedes eine eigenthümliche Würdigung seiner Lebensverhältnisse, ein eigenthümliches Urbild und Ziel seiner Lebensthätigkeit. Darin besteht ihre sittlich-intellectuelle Bestimmtheit, möge man das Denkart, Geist, Individualität oder, mit dem Kunstausdruck Hegels und Schleiermachers, das ‚Bewusstsein' eines Zeitalters, eines Volkes nennen. Aus ihr gehen Sprache, Wissenschaft, Sitte, Kunst und Recht jedes Volkes in ihrem bestimmten Charakter hervor, mit innerer Nothwendigkeit und in Wechselbedingung als Eine grosse untheilbare Offenbarung seines innern Lebens ....

Unsere Zeit besitzt aber nicht minder eine Anschauung des Zusammenhanges der Zeiten.

Es geht eine Ueberlieferung und eine Fortbildung der Zustände und der Begriffe vom Anfang des Menschengeschlechts durch seine ganze Geschichte hindurch. Die Ge-

genwart ist nur ein Moment in dieser ununterbrochenen Strömung. Sie ist darum überall von der Vergangenheit bestimmt, sie kann sich nicht lostrennen und neu beginnen, weder in den Einrichtungen noch im Denken, und sie wird nicht wahrhaft verstanden ausser in ihrer Genesis aus dem Vergangenen. —

Das ist die geschichtliche Erkenntniss und Ansicht, deren wir uns als des grössten Vorzugs unserer Bildung vor der aller früheren Geschlechter rühmen können." —

Wie selbstverständlich erscheint uns der heut unsere Besitz, den wir mit diesen Worten überschauen.

Aber wie schwer muss auf jedem Gebiet dieser Besitz gewonnen werden, — wie schwer ist er auf juristischem Gebiet errungen worden.

Vor dreiundsiebenzig Jahren — Savignys Buch über den Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, das reflectirte Programm der historischen Schule, war noch nicht geschrieben, nicht einmal angeregt — vor dreiundsiebenzig Jahren erschien der erste Band von Eichhorns deutscher Staats- und Rechtsgeschichte, ein Buch, das den ganzen Anstoss der germanistischen Rechtsforschung enthielt, und das sogleich eine vom energischsten Bestreben nach der Pflege des vaterländischen Rechts erfüllte Schule ins Leben rief.

Wie nachhaltig dieser Anstoss wirkte und wie erfüllt die neue Schule von der Grösse ihres Zieles war, mag an einem Beispiel ersehen werden.

Fast vierzig Jahre nach Eichhorns erstem Auftreten, im September des Jahres 1846 tagte in Frankfurt a/M. die

Versammlung der deutschen Germanisten. Ernst Moritz Arndt stand an der Spitze der Einladenden. Auf Ludwig Uhlands Vorschlag nahm den Präsidentenstuhl Jacob Grimm ein; die Vicepräsidentschaft führte Mittermaier.

Die Zeit war erregt, und um ein Haar hätte man sich als Tribunal über die dänische Frage constituirt. Zur Sache zurückgekehrt, citirte man laut den Geist des nationalen Rechtes, und es ging nicht ohne derbe Angriffe auf die Romanisten ab. Ganz im Stile des Audienzsaals wird — dem Grundsatze des beiderseitigen Gehörs Rechnung zu tragen — die förmliche Einladung, um nicht zu sagen Vorladung der Romanisten zur nächsten Versammlung beantragt; aber Mittermaier, für Contumacirung stimmend, meint vom Platze aus: „Schuld der Romanisten ist es, dass sie nicht gekommen; der Jammer ist eben, dass sie keine deutschen Juristen sein wollen."

Das war fünfzig Jahre vorher allerdings nicht zu träumen.

Dass es heute nicht mehr so steht, wissen auch die Nichtjuristen. Es handelt sich uns heut nicht um Exstirpation des römischen Rechts, — noch auch nur, wie damals beantragt wurde, übrigens gegen die Stimme von Jacob Grimm — um Exstirpation der romanistischen Terminologie, — Gottlob dass wir letztere haben!

Wir wissen heute, dass römisches und germanisches Recht nicht Feinde, sondern wechselseitig Correlate unserer Rechtsbildung sind und dass wir gleiche Pietät beiden Häuptern der modernen deutschen Jurisprudenz schulden, Savigny dem Romanisten, wie Eichhorn dem Germanisten.

Sehen wir zu, welches die Aspekten für einen nationaldeutschen Juristen waren, der im Winter vor hundert Jahren in der Wiege lag, während im Westen das Gewitter schon aufging, das in diesen Bergen über Deutschland niederfahren sollte, um den kaum zusammengeschossenen Kern unserer politischen Zukunft, das Preussen Friedrichs des Grossen, zu zerschmettern. —

Hundert weitere Jahre zurück, im Jahre 1681, war der Gelehrte gestorben, der allein in gewissem, wenn auch beschränkten Sinn als Vorgänger Eichhorns Anspruch haben könnte mit ihm zusammen genannt zu werden, Hermann Conring, der Helmstedter Theologe, Philosoph, Mediciner und Jurist, — aber in der That nicht bloss ein Polyhistor im altmodischen Sinn, sondern ein genialer Kopf, der z. B. — was uns hier zunächst interessirt — fast zweihundert Jahre vor Savignys Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter einen richtigen Blick in Sinn und Zeit der Reception gethan hatte.

Aber gerade dieser Mann, — welche trostlose Erscheinung für das Auge des deutschen Patrioten! Mehr als charakterschwach, im Solde Ludwigs XIV. gegen sein Vaterland, bezahlt und sich herandrängend, um durch seine rapide und scharfe Feder den Uebergang der Kaiserkrone an den Feind und den Verächter Deutschlands zu populariſiren, und als Mann vor dem jammervollen Zusammenbruch seines Volkes im dreissigjährigen Krieg mit dem Empfinden der Reue, wörtlich der Reue stehend, auch noch eine Stunde dem Studium der vaterländischen Alterthümer zuzuwenden, das den Jüngling in so hohem Maasse in Anspruch genommen.

Hören Sie Eichhorn dagegen. Während ein grosser Theil seiner gelehrten Zeitgenossen, soweit sie nicht schlechtweg Deutsche zu sein verzichteten, wie es ausgedrückt worden ist die Bücherschränke, wo es sich von der deutschen Geschichte handelte, mit Resignation abschlossen, — gerade da, im Jahre 1808, trat er mit dem ersten Band seiner Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte hervor und schrieb in der Vorrede dieses:

„In dem gegenwärtigen Zeitpunkt, wo der gesellschaftliche Zustand von Deutschland und insbesondere seine Rechtsverfassung so viele wichtige Veränderungen erlitten hat, ... wo alles erst im Werden und noch im Uebergang aus einem Zustand der Dinge in einen andern ist, scheint es wichtiger als je, den Blick auf die Vergangenheit zu richten und sich mit dem Geist unserer ehemaligen Verhältnisse vertraut zu machen."

Wie entgegengesetzt die Wirkung der gleichen Ursache, ein Lustrum vor dem westfälischen Frieden und ein Lustrum vor dem Einzug in Paris! Und — ganz entsprechend diesem Gegensatz: derselbe Gelehrte, der im Jahre 1808, wo es kein Deutschland mehr gab, mit einer deutschen Rechtsgeschichte debütirte, der ein paar Jahre später der Amtsgenosse eines Savigny, Niebuhr und Fichte war, nahm dann, dem Aufruf an Mein Volk folgend, den sein Freund Schleiermacher am 28. März 1813 von der Kanzel herab verlesen den Kürassierpallasch in die Hand, focht Grossbeeren, Dennewitz und Leipzig mit und hatte Theil an der Satisfaction, die der 31. März 1814 Preussen und Deutschland verschaffte.

In der That, Gott hat unser Volk dennoch in auf-

steigender Linie geführt, — und auch die Gelehrten unseres Volkes.

Aber das war die Constellation, die dem Sohne seines Vaterlandes stand, — wie dem Jünger seiner Wissenschaft? —

Was immer die Bedeutung Conrings sei — wir haben einen dankenswerthen Essai über ihn, leider ohne dass, dadurch veranlasst, dem interessanten Manne eine eingehendere Darstellung gewidmet worden wäre —, sein Buch: de origine juris Germanici war ein Schlag ins Wasser gewesen, — es kam Niemand hinter ihm, und fünfzig Jahre nach seinem Tod war es ein Curiosum, wenn einmal in den Statuten einer juristischen Akademie dem Studiosus auch das schwäbische und sächsische Recht empfohlen wurde. Eine Germanistenschule war Conring nicht gefolgt.

Welches Hinderniss stand entgegen?

Die Kraft des Rechtes der Römer hiess Centralisation; — das Verhängniss des deutschen Rechts war die Mannigfaltigkeit — sie, die wohl der Freiheit günstig ist, die aber zugleich Tag für Tag den Wall unterminirt, hinter dem allein die Freiheit erblüht —; es war der Particularismus, der unsern Juristen das nationale Recht unsichtbar gemacht hatte, — nicht ohne ihre eigene Schuld, die sie nun vor dem Rechtsleben ihres Vaterlandes rathlos dastanden und das Haupt schüttelten über die bunten Scherben, welche wohl hier und da antiquarisch vor das Auge genommen wurden, — das geistige Band war dahin.

Es gab zwar rechtsgeschichtliche Arbeiten, — aber Alles ohne grössere Gesichtspunkte, pragmatisch behandelt in usum der kleinstaatlichen Richter und Politiker. Die

Beziehungen der Stände zum Kaiser, das Verhältniss der einzelnen Territorialregierungen zur Reichsgewalt war das Einzige, was vom öffentlichen Recht interessirte. Privatrechtlich Compilationen geltenden particulären Rechts oder Compilationen jedes Bezugs zur Gegenwart entkleideter purer Rechtsalterthümer.

Die Quellen selbst hatte von den Juristen des Privatrechts kaum Einer durchgegangen, — und wenn ja, in ziemlich kritikloser Weise, Echtes und Gefälschtes durcheinander, und rückwärts kaum über das dreizehnte Jahrhundert hinaus.

Vor Allem aber: nicht bloss der locale Zusammenhang war verloren, sondern auch der innere, der Zusammenhang zwischen der Geschichte des öffentlichen Rechts und der Geschichte des Privatrechts.

Einer freilich lebte zur Zeit, wo Eichhorn geboren wurde, der gerade in dieser letztern Hinsicht die Rechtsgeschichte unseres Volkes mit wunderbarer Energie und Sicherheit durchschaut und, nach Grimms Worten, mit blendender Kühnheit auf den Punkten wo er sie anfasst, reconstruirt: ich meine Justus Möser. Aber auch er — und das mag zum Theil seinen Grund haben in der absichtlichen localen Beschränkung, die er sich stofflich fast durchweg auferlegt — stand isolirt und wäre ohne Eichhorn vielleicht heute bei den Juristen vergessen. —

Aber worin lag die speciell juristische Ursache dieser Aermlichkeit, dieses Mangels an Schwung?

Die Juristenwelt der Zeit ahnte den Defekt selbst. Sie suchte nach dem Schlüssel, der ihr ein weiteres, höheres Gesichtsfeld öffnen sollte, und sie drückte, was ihr von

National-Idealem geblieben war, nach ihrer Art in einer Controverse aus: in der Controverse über die Existenz eines auch neben oder gar über dem Corpus Juris bestehenden gemeinen deutschen Rechts.

Sie suchten in der That, — aber ohne zu finden, weil sie auf dem falschen Wege suchten.

Sie meinten z. B., wenn man alle deutschen Particularrechte nähme, so wie sie etwa in der Mitte des vorigen Jahrhunderts vor Augen lagen, — wenn man dann alles unter ihnen Divergente abzöge, so müsste das Residuum im Wege der vier Species das Deutsche Recht sein. Aber wenn das Exempel gemacht war, dann hatte man drei oder vier dürftige Sätze, die wirklich in ganz Deutschland galten — ich meine Sätze „nationalen" Ursprungs, da ich vom römischen Recht absehe — drei oder vier dürftige Sätze, die nicht einmal zu einem armen Compendium reichten. Und so warf man gelangweilt das Resultat wieder fort, und Eichhorns Lehrer Runde sprach — so sehr man ihn nachher anders verstanden hat — eigentlich den Bankerott nur aus, indem er das gemeine deutsche Recht aufzubauen suchte auf der — „Natur der Sache", auf — eigene Worte — dem „hypothetischen Vernunftrecht".

Diese Schule verzweifelte deshalb, und ein bedeutender Jurist noch unseres Jahrhunderts, ein Patriot gleich Savigny und Eichhorn, spricht das noch 1814 geradezu erschreckend aus — ich meine Thibaut —:

„So ist also — sagt er — so ist unser ganzes einheimisches Recht ein endloser Wust einander widerstreitender, vernichtender, buntscheckiger Bestimmungen, ganz dazu geartet, die Deutschen von einander zu trennen und den

Richtern und Anwälten die gründliche Kenntniss des Rechts unmöglich zu machen. Aber auch eine vollendete Kenntniss dieses chaotischen Allerlei führt nicht weit. Denn unser ganzes einheimisches Recht ist so unvollständig und leer" — und so fort: denn es folgt in dieser juristischen Jeremiade immer ein noch Schlimmeres auf das Schlimme.

Ich muss Sie bitten, mir einen Augenblick auf das Gebiet der juristischen Begriffe zu folgen, damit wir sehen, was gemeines deutsches Recht sei.

Der Particularismus, der Deutschland aufgelöst hatte, fand seinen juristischen Ausdruck in dem Satze: Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines Recht, — d. h., je kleiner der Kreis, in dem sich die Rechtsnorm erzeugt, desto stärker ist sie. — Das meint man mit dem Ausdrucke „die Subsidiarität des gemeinen Rechts".

Die Aufgabe der Nation war, diesen Satz umzukehren und den Schwerpunkt der Rechtsbildung in den grössten Kreis zu verlegen. Wir haben die Umkehr erlebt. Aber die Strömung, die zu diesem Zweck überwunden werden musste, war gerade im vorigen Jahrhundert so stark, dass sogar der Begriff des gemeinen deutschen Rechtes, soweit dasselbe sich nicht im Corpus Juris verkörpert, abhanden zu kommen, selbst dieses subsidiäre schwache Band der Zusammengehörigkeit zu zerreissen drohte, — eine Gefahr nicht für das Jus allein, sondern für das Land.

Denn dieser Begriff entspringt dem unbefriedigten, aber gegenwärtig gehaltenen Bedürfniss einer zerspaltenen Nation nach politischem Zusammenschluss, und wenn er bestimmt ist abzusterben, sobald dieses Bedürfniss aufhört ein

unbefriedigtes zu sein, — z. B. die Franzosen haben ihn nicht mehr und England versteht unter common law etwas Anderes — so muss er doch, damit dasselbe einmal Befriedigung finden könne, unerlässlich bis dahin im Bewusstsein der Nation aller äussern Ungunst zum Trotz erhalten werden.

So war zunächst, so lange nicht das Reichsrecht in unserm heutigen Sinne, d. h. als ein dem Particularrecht gebietendes, nicht unterworfenes erstand, das juristische Symbol der nationalen Zusammengehörigkeit eben der Begriff des gemeinen deutschen Rechts, — ihn galt es aller particulären Verschiedenheit nicht geachtet zu erhalten, und so waren in der That in der schwersten Zeit unseres Vaterlandes gerade seine Juristen berufen, die Hüter des Keimes zu sein, aus dem die Reichseinheit wieder erwachsen sollte, und es ist bekannt, dass die deutsche Juristenschule dieses Jahrhunderts ihrer hohen Aufgabe nicht vergessen hat.

Und hier bin ich zu Karl Friedrich Eichhorn zurückgelangt.

Soviel nach ihm hin und hergestritten worden ist, — es darf kühn ausgesprochen werden: der eigentliche Retter des Begriffes eines nationalen jus commune Germaniae ist Eichhorn gewesen. Denn der an sich lebenskräftigste Gedanke stirbt zeugungsunfähig unter den Händen der Juristen, wenn ihnen das Eindringen in seine innere Logik missglückt. Und derjenige, der über das Wort hinaus die einfache innere Logik des gemeinen Rechts intuitiv gefunden und greifbar demonstrirt hat, war Eichhorn. Nicht durch eine Abhandlung, ob es ein gemeines deutsches Recht

gebe, sondern durch einen Glauben und eine That, — durch den Glauben an die innere Einheit in jenem Thibautschen „Wust“ und durch die That der ersten Erweckung einer wahrhaft geschichtlichen Behandlung des ganzen deutschen Rechts. Denn der Begriff des subsidiären gemeinen Rechts ist rein dogmatisch nicht zu fassen, sondern zu fassen nur als ein historischer, als die technische Bezeichnung eines Durchgangsmomentes, die theoretische Sanktion eines zeitweiligen nationalen Unglücks und einer künftigen nationalen Hoffnung, — er ist nur zu fassen in dem Sinne, dass das Bewusstsein des Anspruchs auf staatliche Einheit in einem Volke unvertilgbar lebt zu einer Zeit, da die reale Gestalt seines politischen Zustandes particuläre Zersplittertheit ist, — zu einer Zeit, wo der Kaiser noch schläft, wo die principales, in erster Reihe zwingend praktisch anwendbares Recht setzenden Autoritäten centrifugal sind, und wo deshalb die Einheitsidee sich formell in den Schooss des Volkes flüchtet, in das „Gewohnheitsrecht“, und inhaltlich auf die Punkte der Rechtsordnung, wohin der particuläre Arm nicht reicht, in die „Subsidiarität“.

Der Dogmatiker musste stocken, wieso durch eine logische Operation aus dem particulär Widerstrebenden, das vor ihm lag, ein einheitlich Gemeinsames resultiren sollte, und warf von seinem Standpunkt aus mit einem gewissen Recht ein, dass auch wo neunundneunzig Particularrechte übereinstimmten, die Abweichung des Einen hundertsten die ganze Construction über den Haufen werfe — trotz aller Berufung auf das Naturrecht.

Erst der Historiker musste kommen und die schein-

bar local-willkürlichen Divergenzen des Particulären als zum grössten Theil nur zeitlich verschiedene Entfaltung des einen Baumes der nationalen Rechtsbildung erweisen, — erweisen für das Recht die alte Wahrheit, dass selbst die volle Congruenz der einzelnen Steine aus dem Haufen kein Ganzes macht und der Gegensatz von Stamm, Zweig und Blatt dem Baume die Einheit nicht nimmt, sondern nur seine höhere Entwicklungsstufe beweist. Und wenn Sie einen Seitenblick auf unsern heutigen Zustand gestatten: nicht die inhaltliche Unificirung des Privatrechts vom Hochgebirge bis zum Meer ist es, worin sich die Reichseinheit und ihre Kraft aussprechen müsste, — sondern dass die Matte des Hochlandes wie die Marsch der Flüsse, der Bauer wie der Städter, jeder auch das inhaltlich Verschiedene, das seine Eigenart mit Fug heischt, von der einen höchsten Macht, die die Gesammtheit des Volkes darstellt, entgegennehme. —

Die national-wissenschaftliche That Eichhorns ist somit die: intuitive Anwendung der historischen Methode auf das deutsche Recht und damit Schaffung seiner Wissenschaft als einer solchen, die allein sie sein konnte, als einer historischen; — und seine patriotische That ist die: dass er, als ob es sich so von selbst verstände, seinerseits de origine juris Germanici schrieb in dem Augenblick, wo der Beschluss der Gewalthaber lautete: finis Germaniae.

Und er erstrebte dies und vollendete es nicht durch blosse kritische Versuche — solche waren, wenn auch vereinzelt, am Ende schon dagewesen, — sondern durch eine positive Leistung, indem er die deutsche Rechtsgeschichte,

als Nachweis des Zusammenhangs zwischen öffentlichem und Privatrecht, als Nachweis des einheitlichen Ausgangspunktes hinter der particulären Divergenz, fertig vor Augen stellte, — ein Werk aus einem Guss, dem als Ganzen bisher kein Nebenbuhler erstanden ist.

Seine Mittel, mit denen er das Ziel erstrebt, sind langjähriger eiserner Fleiss, — Erstreckung seiner Arbeit auf alles zu seiner Zeit zugängliche Material, — durchgängige Forschung aus den Quellen selbst und dadurch die frischeste und von aller Modernisirung befreite Auffassung.

Dass bei seinem Losgehen auf das ganze Material nicht in jedem Einzelpunkt das endgültig Richtige mit einem Wurf zu treffen war, das ist auf der Hand liegend. Aber diesen in der Sache einmal gegebenen Mangel deckt er reichlich durch den entscheidenden Hinweis auf die von nun an einzuschlagende Methode der Forschung. Denn er ruft mit richtigem Blick die Mitarbeiter aller Art auf: er fordert kritische Neuherausgabe aller germanischen Quellen, Sammlung der Urkunden, monographische Forschung, Detailuntersuchung der Stadtrechte und ihrer Zusammenhänge, Herbeiziehung der fremden romano-germanischen Rechte zum Vergleich, u. s. w. — kurz, er inaugurirt die ganze Summe der Thätigkeiten, die sich inzwischen mit reichem Erfolg an die sorgfältigere, und zum Theil allerdings auch tiefer eindringende Bestellung des Ackers gemacht haben, den er zuerst und entscheidend durchfurchte.

Der Mann, der verwegen diese neue und gewaltige Arbeit an einem noch rohen Material auf seine Schultern nahm und für sich allein zu einem ersten Ende brachte, hat von Krittlern den Vorwurf erfahren, dass er in allzu

ausschliesslichem Vertrauen auf sich selbst gelegentlich die Bedeutung der Einzelforschung Anderer übersehen habe. Das ist ein Schicksal, welches jeden Neugestalter seiner Art treffen wird: — denn es ist eine innerlich andere Disposition, mit eigener Kraft auf ein rohes Material, wie es die Geschichte des germanischen Rechts damals war losgehend aus demselben zuerst ein Gesammtbild herauszuhauen, eine andere Disposition, mit Vorsicht zwischen den Winkeln aller vorhandenen Arbeiten sich durchzuwinden und keinen Meisselschlag zu thun, der nicht an einem schon Geleisteten geprüft wäre.

Ich schulde Ihnen noch die nicht reichen Einzelheiten aus dem Leben des Mannes, welche ohne biographische Specialforschung zugänglich sind. Die Charakterisirung seiner ausser dem Bereich der deutschen Rechtsgeschichte und des deutschen Privatrechts liegenden Arbeiten auf dem Gebiet des Kirchenrechts und des Staatsrechts, möchte ich heute Berufenern überlassen.

Er stammt aus einer hohenloheschen Theologenfamilie, und sein Vater, Johann Gottfried, zur Zeit der Geburt des Sohnes Professor an unserer Hochschule, aber schon sieben Jahre nachher nach Göttingen übersiedelnd, ist angesehen als Orientalist.

Noch vor vollendeten sechszehn Lebensjahren Zuhörer bei Pütter, Runde, Hugo und Martens, wird der Student geschildert als kräftiger, blauäugiger Jüngling, voll Humor, durchweg heitern, offenen, lebensfrohen Sinnes, tüchtiger Reiter und Fechter, das akademische Leben frisch geniessend.

Zum Doctor promovirt verbringt er die Jahre 1801—3 in Wetzlar beim Reichskammergericht, in Regensburg am Sitz des Reichstags, — wohl der letzte hervorragende Jurist, der die etwas staubige Atmosphäre dieser ehrwürdigen Körperschaften als Lernender aufgesucht hat, — zuletzt in Wien.

Seitdem habilitirt ist er 1805 Professor in Frankfurt a/O. (zwei Jahre nachher Dirigent der dortigen Abtheilung des Tugendbundes); 1811 aber im Vereine mit Savigny Professor an der jungen Universität Berlin.

Seiner kriegerischen Episode erwähnte ich schon; er absolvirte sie als Rittmeister und Escadronschef.

Noch bis zum Jahre 1817 in Berlin, entfaltet er seitdem seine Lehrthätigkeit in Göttingen, und mit so glänzendem Erfolg, dass z. B. im Jahre 1825 kein Auditorium die Menge der Hörer fasst und eine grosse Scheune gemiethet und als Auditorium möblirt wird. Nur Wenige von denen, die in den folgenden Decennien um unser heimisches Recht verdient geworden, haben nicht zu seinen Füssen gesessen.

Aber die physische Kraft des Mannes, der über sämmtliche Zweige unserer Wissenschaft lehrte, der in zweien — den, wie vorhin gezeigt, untrennbar zusammenhängenden des deutschen Privatrechts und der deutschen Rechtsgeschichte — epochemachend auftrat, in einem dritten — dem Kirchenrechte beider Confessionen — mit einem nach dem Urtheil competenter Richter zu wenig gewürdigten systematischen Werke erschien, der auf dem Gebiete des Staatsrechts wenigstens durch seine Lehrthätigkeit eine Schule bildete, — der, um Alles das

zu bewältigen, die Nacht zum Tag zu machen liebte, — die physische Kraft des Mannes brach zu zeitig, und Leiden und Hypochondrie trübten den Abend seines Lebens.

Er entzieht sich zuerst 1829 dem Lehrberufe und sucht Erfrischung im Landleben. Aber dort duldet es ihn nicht lange. Seit 1832 Legationsrath im auswärtigen Departement und wenigstens zwei Jahre lang wieder Universitätslehrer in Berlin, dann Rath im Obertribunal, Mitglied des Staatsraths und der Gesetzescommission, von seinem ehemaligen Schüler Friedrich Wilhelm IV. zum Mitglied des Ordens pour le mérite ernannt, verlässt er im Jahre 1847 den Staatsdienst.

Den einsam gewordenen Greis, dessen starr conservativen Sinn die Ereignisse des folgenden Jahres innerlich verletzten, führt am 4. Juli 1854 in Cöln der Tod hinweg. —

Soll ein Gesammteindruck von ihm gegeben werden, so tritt dem Blicke zugleich mit der seinigen die Gestalt Savignys entgegen.

Die vornehme Heiterkeit, die ein günstiges Schicksal auf des letztern Stirn gelegt hatte und die uns wie mit einem Goetheschen Hauche anweht, war Eichhorn nicht verliehen; ein Meister der Darstellung wie Savigny ist er nicht gewesen.

Soll aber einmal der Vergleich gezogen werden, so hat er den Gedanken der historischen Schule wie jener selbständig, aus eignem Innern erfasst und durch die That vor ihm oder doch gleichzeitig realisirt, — ein um so grösseres Verdienst, als dem Romanisten die beiden grossen Franzosen des sechszehnten Jahrhunderts, Cujas und Doneau,

gewaltig vorgearbeitet hatten, er aber, Eichhorn, — aus dessen Schule, im Gegensatz zu jenem Verhältniss, auch Frankreich seine Rechtsgeschichte erst empfangen sollte, — mit eigenster Intuition, festem Griff und eiserner Arbeit schlechtweg als der Erste den Stoff des germanischen Rechts angefasst und sogleich mit lapidaren Zügen zu einem Gesammtbilde gestaltet hat, — ein Patriot im wärmsten Sinne, ein Vorbild deutscher Gesinnung in trübster Zeit, begabt mit einem Gefühl für den Herzschlag seines Volkes, und ein wissenschaftlicher Mann von jener Originalität und Thatkraft, die allein neue Ziele aufzustecken und neue Wege zu schlagen fähig ist. —

Es wird eine der Bürgschaften für die Zukunft deutscher Rechtswissenschaft sein, wenn sie der Ehre seines Andenkens nicht vergisst.

Verlag von Gustav Fischer in Jena.

Gesammelte Aufsätze
aus den
Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts
von
Rudolph von Jhering
Geh. Justizrath und Professor des römischen Rechts in Göttingen.
Erster Band.
Preis: 10 Mark.

Inhalt: Unsere Aufgabe. — Uebertragung der Reivindicatio auf Nichteigenthümer. — Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte. — Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontracte I. — Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen. Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontract II.

Das Autorrecht,
eine civilistische Abhandlung.
Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Eigenthum, vom Miteigenthum, vom Rechtsgeschäfte und vom Individualrecht
von
Dr. J. Kohler
Professor in Würzburg.
Preis: 6 Mark 40 Pf.

Zur Geschichte
der
Römischen Societas
von
Dr. B. W. Leist.
Preis 2 Mark.

Die Verleihung
des
Königsbannes und das Dingen
bei markgräflicher Huld
von
Georg Meyer
Professor in Jena.
Preis 2 Mark.

Verlag von **Gustav Fischer** in **Jena.**

Zur Geschichte
der
Rechtswissenschaft
und der
Universitäten in Deutschland.
Gesammelte Aufsätze
von
Dr. Theodor Muther,
weiland Professor in Jena.
Preis: 8 Mark.

Inhalt: Römisches und canonisches Recht im deutschen Mittelalter. — Der Occultus Erfordensis und seine Bedeutung für die Geschichte der Jurisprudenz in Deutschland. — Allerlei zu Otto Stobbe's Quellengeschichte des deutschen Rechts. — Zur Geschichte der mittelalterlichen Rechtsliteratur für „pauperes" und „minores". — Die Juristen der Universität Erfurt im 14. u. 15. Jahrhundert. — Cölner Rechtsgutachten über die Brüder und Schwestern vom gemeinschaftlichen Leben aus dem Jahre 1398. — Neuer Beitrag zur Verfassungsgeschichte der deutschen Universitäten. — Doctor Conrad Lajus. — Kleiner Beitrag zur Vorgeschichte der sächsischen Constitutionen. — Zur Literaturgeschichte des Civilprocesses. —

Das Eigenthum
in seiner socialen Bedeutung
von
Adolph Samter.
Preis: 9 Mark.

Die Reception des römischen Rechts
von
Dr. W. Modderman,
Professor zu Groningen.
Autorisirte Uebersetzung mit Zusätzen
herausgegeben von
Dr. Carl Schulz.
Preis: 2 Mark 40 Pf.

Zur Geschichte
der
Negotiorum gestio.
Eine rechtshistorische Untersuchung
von
Dr. Moritz Wlassak,
a. o. Professor an der Universität in Czernowitz.
Preis: 4 Mark.

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle)
in Jena.